Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 BGB. zueinander?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Wilhelm Schlie

Referendar aus Schwerin

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt/Westf.

Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 BGB. zueinander?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Friedrich Wilhelm Schlie

Referendar aus Schwerin

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt/Westf.

Referent: Professor Dr. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken
meines Vaters

Disposition.

Seite

A. Einleitung.
Die Abwehr von Interessengefährdungen als Grund für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit in BGB. . . 1

B. Hauptteil.
Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 BGB zueinander?
I. Wie verhalten sie sich bezüglich ihrer Voraussetzungen zueinander? 4
1. Der gegenwärtige rechtswidrige Angriff als Voraussetzung zur Ausübung der Notwehr. . . . 5
2. Die verbotene Eigenmacht als Voraussetzung zur Ausübung der Besitzwehr. 10
3. Vergleich zwischen den Voraussetzungen. . . . 16
II. Wie verhalten sie sich bezüglich ihrer Wirkungen zueinander? 17
1. Ausübung des Notwehrrechts. 17
a. Der Berechtigte. 17
b. Der Betroffene. 17
c. Die Mittel der Ausübung. 17
2. Ausübung des Besitzwehrrechts. 19
a. Der Berechtigte. 19
b. Der Betroffene. 20
c. Die Mittel der Ausübung. 20
3. Vergleich zwischen den Wirkungen. 21

C. Schluß.
Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse. . . 22

Literaturverzeichnis.

Aßbaß: Die Grundlinien des Notwehrrechts, Kieler Diss. 1903.

Becker: Der Besitz beweglicher Sachen. (Iher. Jahrb. für Dogmatik des Privatrechts. 34. Bd. 1. u. 2. Heft.)

Biermann: Bürgerliches Recht, I. Bd. Allgem. Lehren und Personenrecht. 1908.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch III. Buch, Sachenrecht, III. Auflage 1914.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Cosack und Mitteis. 1. Bd. die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 8. Auflg. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd. Einleitung und allgemeiner Teil, 1900.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, III. Bd. Rechte an Sachen und an Rechten 1905.

Eltzbacher: Das Anwendungsgebiet der Notwehr (Deutsche Juristenzeitung 10. Jahrg. 1905, Sp. 239 ff.)

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. I. Abtlg. Sachenrecht, 8. u. 9. Auflage, 1905.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (begründet von Enneccerus, Kipp, Wolff), I. Bd. Einleitung und allgemeiner Teil, 13. Bearb. 1931.

Fischer: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts 1911.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzuch I. Bd. Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. II. Aufl. 1903.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd. Sachenrecht, 1912.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgem. Teil 1926.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich 1900.

Jaeger: Das Anwendungsgebiet der Notwehr (§ 227 und § 859 B. G. B.) Heidelberger Dissertation 1906.

Jesse: Die Tragweite der Notwehr, Leipziger Dissertation 1928.

Kniep: Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht 1900.

Kober: Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, III. Bd. Sachenrecht, I. Teil, (§§ 854—1017) 9. Auflg. 1926.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. II. Teil, Sachenrecht, 1919.

Kreß: Besitz und Recht, (Zivilrechtliche Abhandlung 1909).

Kretzschmar: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1906.

Kühn: Vermögensnotwehr und Selbsthilfe. (Versuche einer Grenzziehung.) Hallenser Diss. 1925.

Künkler: Der Selbsthilfeschutz des Besitzers. Nach § 859 des bürgerlichen Gesetzbuches. Marburger Diss. 1899.
Lohmanns: Die Selbsthilfe des Besitzers im Vergleich zur allgemeinen Selbsthilfe. Freiburger Diss. 1914.
Luther: Der Selbstschutz des Besitzers, Leipziger Diss. 1906.
Neubecker: Zur Lehre von der Notwehr (Deutsche Juristenzeitung, X. Jahrg. 1905, Sp. 146 ff.)
Oertmann: Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgem. Teil, III. Auflage 1927.
Oetker: Ueber Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des bürgerlichen Gesetzbuches 1903.
Pfeifer: Das Anwendungsgebiet der Notwehr nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1906.
Planck: Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch, herausgeg. von Strohal. I. Bd. Allgem. Teil, 4. Aufl. 1913.
Planck: Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch, bisher herausgegeben von Strohal. III. Bd. Sachenrecht, I. Lieferung (§§ 854—1011) 4. Aufl. 1915.
Reichsgerichtsräte: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. I. Bd. der Allgem. Teil und der allgem. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 6. Aufl. 1928.
Reichsgerichtsräte: Dasselbe. III. Bd. Sachenrecht, 7. Auflage, 1929.
Riezler: Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. I. Bd. Allgem. Teil, 9. Aufl. 1925.
Rohde: Schutz des Besitzes (Studien im Besitzrecht, Abschn. 22. 1913).
Rosenberg: Sachenrecht, I. Halbband (§§ 854—902. 1919).
Rosenfelder: Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr. Würzburger Diss. 1906.
Schmelzer: Selbstschutz des Besitzers im bürgerlichen Gesetzbuch, Leipz. Diss. 1904.
Schollmeyer: Das Recht der Notwehr nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Festrede 1899.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich (Abdruck aus Iher. Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts XXXVIII Bd. 2 F. II.)
Titze: Die Notstandsrechte im Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung. Berliner Diss. 1897.
von Tuhr: Der allgem. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Bd. 2. Hälfte, 1918.
Warneyer: Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, I. Bd. 2. Aufl. 1930.
Warneyer: Komm. zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, II. Bd. 2. Aufl. 1930.
Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (begründet von Enneccerus, Kipp u. Wolff) III. Bd. das Sachenrecht, 8. Bearbeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Entscheidungen des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift. Entscheidung des Reichsgerichts in der deutschen Juristenzeitung. Entscheidungen des Reichsgerichts in Seufferts Archiv. Entscheidungen des Reichsgerichts in Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch.

A. Einleitung.

Die Abwehr von Interessengefährdungen als Grund für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit im BGB.

Man kann die Rechtshandlungen in ihrer Gesamtheit einteilen in solche, die rechtmäßig und solche, die rechtswidrig sind. Für die letztere Gruppe hat nun aber die Rechtsordnung bestimmt, daß beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen die an sich gegebene Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein soll. Einen solchen Ausschlußgrund bildet u. a. die Abwehr einer Interessengefährdung, natürlich nur insoweit, als das Gesetz die Abwehr ausdrücklich als nicht rechtswidrig erklärt. Dies geschieht in verschiedenen Fällen, deren wichtigste in den §§ 227 (Notwehr), 228 (Notstand), 229—231 (Selbsthilfe), 859, 860 (Besitzwehr und Besitzkehr) und 904 (Noteinwirkung) enthalten sind.

Es ist anzunehmen und trifft auch tatsächlich zu, daß die in den einzelnen Paragraphen enthaltenen Bestimmungen in einem bestimmbaren Verhältnis zueinanderstehen, mit anderen Worten, daß sie zusammen ein gewisses System bilden. Die Grundlage dieses Systems zu suchen, wird die erste Aufgabe sein.

Bei einer Gliederung dieses Systems wird meistens [1]) so vorgegangen, daß von dem gemeinsamen Oberbegriff Selbsthilfe im weiteren Sinne (im Folgenden Selbstschutz genannt) ausgegangen wird. Eine Unterteilung ergibt sich aus der Art der vorgenommenen Selbstschutzhandlung in Selbstverteidigung — die sich weiterhin in Notwehr und Notstand gliedert — und Selbstangriff oder Selbsthilfe im engeren Sinne (im Folgenden Selbsthilfe genannt).

Gegen diese Einteilung ist zu sagen, daß sie in mancher Hinsicht einer Prüfung nicht standhält.

Schon der Oberbegriff Selbstschutz ist nicht brauchbar, da er sinngemäß in erster Linie eine negative Seite, nämlich den Gegensatz zur Staatshilfe hervorhebt. [2]) Tatsächlich ist es nun aber so, daß der Selbstschutz durchaus nicht immer im Gegensatz zur Staatshilfe steht, wie Henle richtig hervorhebt. [3]) Eine Klage gegen den Hund, der mich beißen will, gibt es z. B. nicht. Die Abwehrhandlung dient eben nicht dem „Selbst"-Schutz, sondern dem „Schutz" schlechthin. Wenn man nun einen Schritt weitergeht und fragt, wem dient wieder dieser Schutz, so ist man damit beim Ausgangspunkt, nämlich bei dem gefährdeten Interesse, das durch die Abwehrhandlung geschützt wird.

Der Schutz ist also nur das Mittel, durch das der Zweck des hier behandelten Paragraphensystems erreicht werden soll. Der

---

[1]) So Enneccerus-Nipperdey § 221 vor I; von Tuhr § 95; Oertmann zu § 227, 1a; Crome Bd. II.

[2]) Aehnlich Henle § 43 vor I.

[3]) a. a. O. § 43 vor I.

Zweck und damit der als Grundlage für eine Gliederung dienende Oberbegriff ist: Abwehr einer Interessengefährdung.

Um von hier aus zu einer Unterteilung zu kommen, darf man nicht — wie es vielfach geschieht — Notwehr und Notstand als eine Untergruppe unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Verteidigung zusammenfassen. Das ist unmöglich, da man innerhalb des Notstandes (§§ 228, 904) einen defensiven und einen aggressiven Notstand unterscheiden muß. Ebensowenig ist ihre Zusammenfassung danach möglich, daß sie beide der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes dienen. Dem widerspricht § 904 mit seiner Befugnis zum Eingriff in fremdes Eigentum offensichtlich.

Eine Gliederung ist also auf diese Weise nicht durchzuführen. Zu einer befriedigenden Lösung kommt man nur, wenn man von den verschiedenen Möglichkeiten einer Interessengefährdung ausgeht. Die Interessen können gefährdet sein durch eine rechtswidrige Handlung oder durch eine sonstige Gefährdung. Hieraus ergibt sich zwanglos eine Einteilung der Abwehrhandlungen in Unrechtabwehr und in Gefahrenabwehr.[4])

Wenn man die §§ 859 f. zunächst außer Betracht läßt, so zerfällt die erste Gruppe in Notwehr und Selbsthilfe. Beide dienen der Abwehr rechtswidriger Handlungen eines Dritten. Den Unterschied zwischen Notwehr und Selbsthilfe findet man, wenn man wieder nach dem Erfolge fragt, der durch die verschiedenen Handlungen erreicht werden soll. Um Notwehr handelt es sich, wenn die Abwehr der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes, um Selbsthilfe, wenn sie seiner Aenderung dienen soll.[5]) Solange man Notwehr und Notstand auf die eine Seite, die Selbsthilfe auf die andere Seite stellt, ist dieses Unterscheidungsmerkmal, wie oben dargelegt, nicht anwendbar. Diese Bedenken spielen hier aber keine Rolle mehr, da die Notstandsparagraphen bei der jetzigen Gegenüberstellung von Notwehr und Selbsthilfe ausgeschaltet sind.

Es gibt nun aber nicht nur bei rechtswidrigem Handeln eines andern, sondern auch bei einer durch sonstige Gefahr herbeigeführten Interessengefährdung nichtwiderrechtliche Abwehrhandlungen. Es ist dies die zweite Gruppe, die ihrerseits in Notstand und Noteinwirkung zerfällt. Ein näheres Eingehen auf diese Gruppe ist nicht erforderlich, da sie im Folgenden keine Rolle spielt.

Die Stellung des § 227 innerhalb des Systems der Abwehrbestimmungen ist hiermit umrissen.

Die nächste Aufgabe ist, zu erkennen, wie die §§ 859, 860 sich in dieses System einfügen.

Diese Paragraphen unterscheiden sich schon rein äußerlich insofern von dem bisher Besprochenen, als sie nicht nur je eine, sondern mehrere Bestimmungen enthalten, die sich auf voneinander verschiedene Tatbestände beziehen.

---

[4]) So Henle § 43 vor I.

[5]) A. M. Henle, § 43 vor I. Dieser trifft die Unterscheidung zwischen Notwehr und Selbsthilfe danach, ob es sich um Abwehr einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen Rechtswidrigkeit handelt. Es wird sich insbesondere bei der Behandlung der Rechtswidrigkeit des Angriffs zeigen, warum ich die oben angeführte Gliederung wähle.

Nach § 859,I darf sich der Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Der Besitzer darf sich also in dem bestehenden Besitz gegenüber einer Beeinträchtigung mit Gewalt behaupten.[6])

Es ergibt sich für § 859,I sofort eine gewisse Parallele zu § 227 insofern, als es sich auch bei ihm um die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes handelt. Die Uebereinstimmung geht aber noch weiter. Voraussetzung für die Ausübung der „Besitzwehr" nach § 859,I ist die Beeinträchtigung des Besitzers durch „verbotene Eigenmacht". Da diese, wie sich aus § 858 eindeutig ergibt, stets nur durch rechtswidriges Handeln geübt wird, so dient § 859,I ebenso wie § 227 der Abwehr von Unrecht zum Zweck der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes.

Gegen eine vollendete Besitzentziehung geben § 859 Abs. II u. III dem Besitzer gewisse Rechte. Absatz II bestimmt: „Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen." Aehnlich sagt Absatz III: „Wird dem Besitzer eines Grundstückes der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen." Durch diese Bestimmung wird dem Besitzer ein Wiederbemächtigungsrecht der entzogenen Sache eingeräumt, wenn auch in engen zeitlichen Grenzen. Voraussetzung ist hier wie bei Absatz 1 die Uebung verbotener Eigenmacht gegen den Besitzer. Die Absätze II und III des § 859 dienen also ebenfalls der Unrechtabwehr. Da es sich aber bei der Ausübung dieser Rechte um eine Besitzkehr, also im Gegensatz zu Abs. I um eine Veränderung des bestehenden Zustandes handelt, stellen § 859, II und III einen Parallelfall nicht zur Notwehr, sondern zur Selbsthilfe dar.[7]) Dies ist auch die in der Literatur überwiegend vertretene Ansicht.[8])

Kniep[9]) betrachtet allerdings auch diese Fälle (§ 859, II u. III) als Verteidigung bestehenden und nicht als Wiedererlangung verlorenen Besitzes. Er begründet seine Ansicht damit, daß nur eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856,II vorliege, falls die Wiederabnahme gelingt. Dem widerspricht aber, daß § 856,II eine „ihrer Natur nach" vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt verlangt, und eine solche wird man in den Fällen des § 859, II u. III nicht annehmen können.

Es handelt sich also bei § 859, II u. III stets um die Wiederbemächtigung bereits verlorenen Besitzes.

§ 859, IV bestimmt, daß die gleichen Rechte dem Besitzer gegen denjenigen zustehen, welcher nach § 858,II die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

---

[6]) Gegen eine vollendete Besitzentziehung gewährt § 859, I keine Rechte, denn einer solchen kann man sich nicht mehr „erwehren".

[7]) So insbesondere von Tuhr, § 95 Anm. 16 und § 96, III 2.

[8]) Planck zu § 859,3; Rosenberg zu § 859,II, Kretzschmar zu § 859,2. Derselben Ansicht, wenn es auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wird: Kober zu § 859,II; Wolff § 18,II; Crome § 352,I; Biermann § 859,3.

[9]) a. a. O. S. 313.

Fehlerhaft ist nach § 858,II der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz, und diese Fehlerhaftigkeit muß nach derselben Bestimmung der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.

Hier ist die Streitfrage aufgetaucht, ob sich § 859,IV nur auf die Absätze II und III bezieht, oder auch auf Absatz I, bezw. ob sich Absatz IV auf Absatz I überhaupt beziehen kann. Diese Frage wird meistens in dem Sinne beantwortet, daß Absatz IV eine Bedeutung nur für die Absätze II und III hat, ohne daß ein näheres Eingehen auf diese Frage oder eine Begründung für die vertretene Ansicht erfolgt.[10])

Gegenteiliger Ansicht ist Kober,[11]) wenn er sagt, ein genügender Grund zu der Einengung, daß Absatz I in Absatz IV nicht enthalten sein solle, scheine nicht vorzuliegen. Auch hier fehlt eine Begründung.

Nach dem reinen Wortlaut des Absatzes IV, der von „den gleichen Rechten" spricht, könnte man auf den ersten Blick annehmen, daß sich Absatz IV auf Absatz I genau so bezieht, wie auf die Absätze II und III. Tatsächlich ist dies jedoch nicht möglich. Denn fehlerhaft ist nach § 858 Abs. II nur der durch verbotene Eigenmacht „erlangte" Besitz. Es ist für die Entstehung fehlerhaften Besitzes daher begrifflich erforderlich, daß eine vollendete Besitzentziehung vorliegt. Da sich gegen eine solche § 859,I niemals richtet, kann Absatz IV für Absatz I auch keine Bedeutung haben.

Nach § 860 ist zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 858 für den Besitzer ausübt. Es handelt sich um den sogenannten Besitzdiener, dessen Definition in § 855 gegeben ist.

Nach dieser Prüfung des Inhalts der §§ 859, 860 ergibt sich, daß die gestellte Aufgabe — scharf gefaßt — sich auf die Erkennung des Verhältnisses von § 227 zu § 859,I (und § 860, soweit er sich auf § 859,I bezieht) beschränken muß, da nur insoweit eine Korrespondenz der Bestimmungen in allen Punkten besteht.

Hauptteil.

Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 B.G.B. zueinander?

I. Wie verhalten sie sich bezüglich ihrer Voraussetzungen zueinander?

Bei der Behandlung des Verhältnisses des im § 227 dem Angegriffenen gewährten Verteidigungsrechtes zu dem Besitzwehrrecht nach § 859,I ergeben sich zwei Hauptabschnitte. Es sind einmal die Voraussetzungen zu klären, unter denen das betreffende Recht zur Entstehung gelangt, und zweitens die mit der Ausübung zusammenhängenden Fragen, nämlich wer der Berechtigte und Betroffene ist und welche Mittel zur Verfügung stehen.

---

[10]) Rosenberg zu § 859,III 2; Planck zu § 859,2; Biermann zu § 859, 3 d.

[11]) Zu § 859,IV.

Die Frage, wie sich § 227 und §§ 859,I, 860 zueinander verhalten, ist nur zu entscheiden, wenn man bei beiden Bestimmungen diese Feststellungen trifft und sie miteinander vergleicht. Nur so ist nämlich zu entscheiden, welche von den drei möglichen und auch vertretenen Ansichten über dieses Verhältnis zutrifft. Diese Ansichten sind folgende:

a) § 859,I ist eine überflüssige, wenn auch in der Fassung veränderte und auf einen bestimmten Fall bezogene Wiederholung des § 227, d. h. die Voraussetzungen und die Wirkungen sind, abgesehen natürlich davon, daß § 859,I nur bei Besitzverletzungen Anwendung findet, begriffsgleich.

b) § 859,I ist im Verhältnis zu § 227 eine lex specialis, d. h. die Voraussetzungen sind, wieder mit der oben gebrachten Einschränkung, begriffsgleich, die Wirkungen regelt § 859,I für die ihm unterstellten Fälle selbständig, d. h. abweichend von § 227.

c) § 859,I ist eine selbständige Bestimmung, d. h. er kommt unter selbständigen und von § 227 abweichenden Voraussetzungen zur Anwendung und ordnet für diese Fälle selbständige Wirkungen an.

1. Der gegenwärtige rechtswidrige Angriff als Voraussetzung zur Ausübung der Notwehr.

I.

Im § 227,II heißt es: „Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden." Voraussetzung einer jeden durch Notwehr gebotenen Handlung ist also ein Angriff. Was hat man unter „Angriff" zu verstehen?

Im Gesetz findet sich keine Definition dieses Begriffes. Entscheidend dürfte daher der allgemeine Sprachgebrauch sein. [12]) Das Wort Angriff kommt von angreifen, das ursprünglich wohl die Bedeutung von „körperlich anfassen" hatte. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß der heutige Sprachgebrauch des Wortes Angriff sich von dem ursprünglichen Inhalt entfernt hat, und zwar in dem Sinne, daß er über diese Bedeutung hinausgeht. Als primitives Beispiel mag hier das drohende Vorhalten einer Pistole angeführt sein. Der Gedanke, dies sei kein „Angriff", würde wohl niemandem kommen. Immerhin spielt dieser Vorfall noch in der körperlichen Welt. Der heutige Sprachgebrauch hat sich aber noch weiter von seinem Ausgangspunkt entfernt. Es ist nicht mehr unbedingt erforderlich, daß der Angriff in der körperlichen Welt erfolgt. Ein Angriff z. B. auf die Ehre ist dem Sprachgebrauch durchaus bekannt. [13])

Ganz falsch wäre es nun aber, sich durch die hier festgestellten Wandlungen in der sprachtechnischen Bedeutung des Wortes „An-

---

[12]) Riezler zu § 227,2 a.

[13]) Auch ist es bei dieser Definition des Angriffs nicht möglich, sich der Meinung anzuschließen, daß ein Angriff nur innerhalb der Verletzung von endgültigen Rechtsvorschriften zu suchen sei. (A. M. Henle § 43,I 1a.) Eine Verletzung des Besitzes als solchen durch gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ist möglich und gegen sie in solchem Falle Notwehr nach § 227 zulässig. (Ebenso z. B. Planck zu § 227, 1a.)

griff“ ins Uferlose führen zu lassen. Die hier vertretene Definition führt im Gegenteil zu einer recht engen und festen Umgrenzung derjenigen Rechtsgüter, die einem Angriff unterliegen können. Viel zu weitgehend ist daher die Meinung, daß alle Güter „wehrfähig“ seien.[14]) Nach Eltzbacher[15]) ist es gleichgültig, ob sich der Angriff richtet auf die Persönlichkeitsrechte, dingliche Rechte, Immaterialgüterechte oder Forderungsrechte.[16]) Diese Meinung verträgt sich nicht mit dem, was uns das wirkliche Leben auf Schritt und Tritt zeigt. Ein „Angriff“ gegen ein Forderungsrecht z. B. ist ein Ding der Unmöglichkeit.

Das Richtige dürfte etwa von Tuhr[17]) treffen, wenn er sagt, daß Angriff eine Handlung ist, durch welche jemand den gegenwärtigen Zustand zum Nachteil des Angegriffenen zu ändern versucht. „Der Angriff kann sich richten gegen die Person (Leib und Leben, Freiheit, Ehre) oder das Vermögen des Angegriffenen. Objekt der Vermögensnotwehr sind nicht sowohl die zum Vermögen gehörenden Rechte, insbesondere das Eigentum als vielmehr der Besitz; denn im Besitz verkörpert sich der gegenwärtige Zustand, welcher durch Eigenmacht des Besitzers gegen einen Angriff aufrechterhalten werden darf.[18]) [19])

In Anlehnung an die Begriffsbestimmung von Tuhrs komme ich zu folgender Definition: Angriff ist eine Handlung, durch welche versucht wird, den gegenwärtigen Zustand zum Nachteil des Angegriffenen zu ändern, es sei denn, daß der Betroffene seine Zustimmung zu diesem Unternehmen gegeben hat.

Die Gründe, die zu den Abweichungen dieser Definition gegenüber derjenigen von Tuhrs veranlassen, sollen im Folgenden dargelegt werden.

Vorher muß allerdings noch einer nicht fernliegenden Mißdeutung des Wortes Handlung vorgebeugt werden. Es wird nämlich vielfach die Behauptung aufgestellt, daß ein Angriff begriffsnotwendig in einem positiven Tun bestehen muß.[20]) Diese Meinung läßt sich jedoch für die Fälle nicht halten, wo gerade durch das Unterlassen versucht wird, den gegenwärtigen Zustand zum Nachteil des Betroffenen zu ändern,[21]) wo also das scheinbare Unterlassen in Wirklichkeit die Herbeiführung eines neuen Zustandes bedeutet. Auch hier befindet sich der Betroffene in Notwehrlage.[22]) Wenn man nun

---

[14]) Ebenso Henle § 43,I 1a Anm. 17.

[15]) D. J. Z. 05 Spalte 239.

[16]) Ebenso Enneccerus-Nipperdey § 221,I 1; Planck zu § 227, 1a und Riezler zu § 227,I 2a.

[17]) von Tuhr § 95,II.

[18]) Ebenso Neubecker D. J. Z. 05 Spalte 146 ff., der dieses Resultat aber nicht aus der Auffassung vom Wesen des Angriffs gewinnt, sondern aus dem Grundgedanken des Rechts als einer Friedensordnung.

[19]) Daß eine Gefährdung zum Vorliegen eines Angriffs genügt, ergibt die Definition des Angriffs und entspricht auch der herrschenden Meinung.

[20]) Enneccerus-Nipperdey § 221,I 1 Anm. 1; Riezler zu § 227,2a; Planck zu § 227,1a.

[21]) Solange man sich streng an diese Definition hält, ist also ein Auftreten der hier berührten Streitfrage ausgeschlossen.

[22]) So auch Henle § 43,I 1a; Jesse a. a. O. S. 6 u. 7; Rosenfelder a. a. O. S. 7 u. 8.

zwar auch keine Bedenken zu tragen braucht, auch solch' ein scheinbares Unterlassen als Handlung zu bezeichnen, so ist doch klarzustellen, welche Bedeutung diesem Worte beizulegen ist.

Um nun zu den Abweichungen von der Definition von Tuhrs überzugehen, so müssen zunächst aus dem Kreis der Angriffshandlungen diejenigen Handlungen herausgenommen werden, zu denen der Gefährdete seine Einwilligung gegeben hat.

Riezler[23]) will aus der Definition des Wortes Angriff nach dem Sprachgebrauch die Folgerung ziehen, daß ein Angriff da nicht vorliegt, wo das Verhalten, das zu einer schädigenden Einwirkung auf einen anderen führen kann, auf einem Einverständnis mit diesem beruht. Dies dürfte zutreffen. Man wird in der Tat bei einer Einwilligung des Verletzten nicht mehr von einem „Angriff" sprechen.[24]) Diese Einschränkung mußte in der Definition ihren Platz finden.

Bedeutet dies eine Einschränkung des Kreises, so ist andererseits auch eine Erweiterung erforderlich, denn Notwehr gibt es gegen jeden Angriff, durch den „versucht wird", den gegenwärtigen Zustand zu ändern. Diese Umstellung der Definition von Tuhrs in die Form des Passivs ist im Interesse der Klarheit des Aufbaus nötig, da bei der Bestimmung des Angriffs als einer Handlung, durch die „jemand" den gegenwärtigen Zustand zu ändern versucht, der Angriff auf eine menschliche Handlung beschränkt wird. Es läßt sich aber nicht leugnen, daß ein „Angriff" als solcher auch von einem Tier ausgehen kann, denn auch ein Tier handelt."

II.

Der Angriff, gegen den sich die Notwehr richten soll, muß „rechtswidrig" sein. Welcher Angriff ist rechtswidrig? Zur Entscheidung dieser Frage kann man von zwei entgegengesetzten Ausgangspunkten kommen.

Stellt man sich auf den Standpunkt des Angreifenden, so ist rechtswidrig eine Handlung, durch die der Angreifer schuldhafterweise gegen die Rechtsordnung verstößt. Es kommt also wesentlich auf ein Verschulden des Angreifers an.

Die andere Ansicht stellt sich auf den Standpunkt des Angegriffenen: Rechtswidrig ist der Angriff, — auf eine Formel gebracht — den sich der Angegriffene nicht gefallen zu lassen braucht.[25])

Diese Formel ist in ihrer Prägnanz bestechend, hat aber den Nachteil einer gewissen Ungenauigkeit. Es läßt sich mit ihr nur dann arbeiten, wenn man sich vor Augen hält, daß eine Rechtswidrigkeit immer nur dann vorliegen kann, wenn irgendein Gebot des Rechts verletzt ist.

---

[23]) Zu § 227,2a.

[24]) A. M. Planck zu § 227, 1a. Man wird aber in diesem Falle oft dazu kommen, daß wenigstens die Rechtswidrigkeit des Angriffs durch die Einwilligung beseitigt wird (Henle § 43,I 1c; Planck zu § 227,1a; Biermann § 89,3c).

[25]) von Tuhr § 95,II.

Nach Henle[26]) ist Notwehr die Abwehr einer widerrechtlichen „unerlaubten" Handlung. Es wird von Unzurechnungsfähigen wie von Zurechnungsfähigen eine Verschuldensart, nämlich Vorsatz gefordert. Ohne diesen liege überhaupt kein Angriff vor. Allerdings soll Vorsätzlichkeit der Handlung im Bereich der körperlichen Welt genügen. Die Annahme des Angreifers, etwa seinerseits in Notwehr zu handeln, soll die Vorsätzlichkeit der Handlung, also nicht wie sonst, beseitigen, selbst dann nicht, wenn sie dem anderen erkennbar war. Trotz dieser Abschwächung stellt sich Henle mit seiner Ansicht auf den Standpunkt des Angreifers. Nur wenn dieser vorsätzlich handelt, darf der andere Notwehr üben. Zur Stützung dieser Ansicht dient ein Beispiel: „Wer in der Dämmerung auf einen Treiber, den er für einen Rehbock hält, zielt, greift nicht an; und der Treiber darf nicht, wie im Falle der Notwehr, zur Abwehr schreiten, falls das Ausweichen offen steht."

Diese Auffassung kann zu sehr harten Ergebnissen führen. Da ein Angriff nicht vorliegen soll, würde der Treiber auch in dem Fall, wo ihm die Möglichkeit des Ausweichens nicht offensteht, niemals in Notwehr handeln können.

Unbillig wäre es allerdings auch, wenn der Treiber in dem Tatbestand, wie er im Beispiel gegeben ist, von der Möglichkeit des Ausweichens nicht Gebrauch zu machen hätte. Hierzu wird er aber auch dann, wenn man ihm Notwehrlage zubilligt, meist verpflichtet sein.[27])

Aus diesen praktischen Konsequenzen heraus schließe ich mich der herschenden Meinung[28]) an, die sich auf den Standpunkt des Angegriffenen stellt und von ihm aus das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit beurteilt. Diese Ansicht teilt auch das Reichsgericht,[29]) (allerdings in Strafsachen, doch dürfte dies auch für die zivilrechtliche Notwehr anzunehmen sein), indem es hervorhebt, daß der Angegriffene befugt ist, durch eine dem Angriff angemessene Verteidigung ein Uebel von sich abzuwenden, das ihm durch den Angriff droht und welches „er zu erdulden rechtlich nicht verpflichtet ist".

Daß ein rechtswidriger Angriff auch von einem Unzurechnungsfähigen, also einem Geisteskranken oder einem Kind ausgehen kann, ist kaum bestritten.

Selbst wer sich bei der Betrachtung des Begriffes „rechtswidrig" nicht auf den Standpunkt des Angegriffenen stellt, sondern ein Verschulden des Angreifers fordert, wird doch zu dieser Folgerung kommen müssen, da das Gesetz im § 228 einen Notstand nur bei einer Gefährdung durch Sachen einräumt. Die Unzurechnungsfähigen aber „Sachen" gleichzustellen, erscheint nicht nur „geschmacklos",[30]) sondern auch falsch. Gerade die zwingende Notwendigkeit

---

[26]) § 43,I 1a.

[27]) Die Lösung dieses Zwiespalts ist bei der Beschränkung der Verteidigung auf das „Erforderliche" zu suchen. Vgl. S. 18.

[28]) So Enneccerus-Nipperdey § 221,I, 2; Riezler zu § 227,2b; von Tuhr § 95,II („Es muß genügen, daß die Gefahr einer objektiven Rechtsverletzung besteht, welche der Angegriffene sich nicht gefallen zu lassen braucht"), Oertmann zu § 227,2a.

[29]) R. G. St. 27, 44.

[30]) Oertmann zu § 227, 2a.

dieser Folgerung scheint mir ein starkes Argument für die hier vertretene Auffassung des Begriffes „rechtswidrig“ zu sein.

Ein Angriff kann auch von einem Tier ausgehen. Kann nun ein solcher Angriff auch rechtswidrig sein? Trotz der dargestellten herrschenden Betrachtung des Begriffes „rechtswidrig“ wird diese Frage meist verneint, mit der Begründung, die Gebote des Rechts richteten sich nicht an Tiere.[31]) Man wird dieser Begründung zustimmen können.[32]) Es ist in der Tat so, daß der Angriff eines Tieres die Gebote des Rechts niemals verletzen kann, weil diese sich eben nicht an ein Tier wenden. Insofern schießt also die Behauptung: rechtswidrig ist alles, was der Angegriffene sich nicht gefallen zu lassen braucht, über das Ziel hinaus. Eine Handlung kann, wie schon gesagt wurde, nur dann rechtswidrig sein, wenn sie gegen ein Gebot des Rechts verstößt.

Es ergibt sich, daß man zunächst einmal davon auszugehen hat, daß jeder Angriff gleichzeitig auch ein rechtswidriger Angriff ist. Dies ist die Regel, die Ausnahme wäre der rechtmäßige Angriff. Für diese Ausnahme ist in jedem Fall ein besonderer Grund von Nöten. Wann ist nun ein solcher Grund vorhanden?

Die Antwort liegt schon in der oben zitierten Ausführung des Reichsgerichts: Mit Hilfe der Notwehr kann man ein Uebel von sich abwenden, welches man zu erdulden rechtlich nicht verpflichtet ist. Der Angriff ist also dann nicht rechtswidrig, „wenn der Gegner in Ausübung eines Rechts handelt, welches ihn zu einem eigenmächtigen Eingriff in den Rechtskreis eines anderen befugt“.[33])

In erster Linie kommt Notwehr in Betracht. Gegen echte Notwehr ist Notwehr unmöglich.[34]) Ebenso wenig kann es Notwehr gegen eine nach § 229 (erlaubte Selbsthilfe), § 228 (Notstand) oder § 904 (Noteinwirkung) gestattete Handlung geben. Auch die nach § 859 gestatteten Handlungen sind nicht rechtswidrig. So gibt es noch eine ganze Reihe von Befugnissen, die ein angriffsweises Eindringen in einen fremden Rechtskreis zu einem nicht rechtswidrigen machen. Hervorzuheben wäre etwa noch die berechtigte Amtshandlung. Gegen eine unberechtigte Amtshandlung muß dagegen Notwehr grundsätzlich zulässig sein.[35])

III.

Der Angriff muß „gegenwärtig“ sein. Rein wörtlich genommen bedeutet dies: Die Angriffshandlung muß begonnen haben und darf noch nicht beendet sein. Man wird diesen Begriff aber nicht zu eng fassen dürfen, sondern wird, da die Notwehr einen Schutz gegen den Angriff gewähren soll, sagen müssen, daß für den Beginn des Angriffs entscheidend ist, ob die Tätigkeit des Angreifers soweit

---

[31]) Enneccerus-Nipperdey § 221; Warneyer zu § 227,I; Oertmann zu § 227.
[32]) a. M. freilich Cosack § 125,II,c und Oetker a. a. O. S. 23.
[33]) von Tuhr § 95,II.
[34]) Enneccerus-Nipperdey § 221,I,2.
[35]) von Tuhr § 95,II; Riezler zu § 227,2b.

gediehen ist, daß ein Angriff unmittelbar bevorsteht. Dies ist auch die herrschende Auffassung.[36])

Bei Angriffen von längerer Dauer kann die Entscheidung, ob der Angriff noch gegenwärtig ist, zweifelhaft sein. Sie muß hier von Fall zu Fall getroffen werden. Als einer Richtlinie wird man hierbei im allgemeinen einer Entscheidung des Reichsgerichts[37]) folgen können, in der es heißt: Der Angriff ist überall da noch nicht abgeschlossen, wo Gefahr besteht, daß einem ersten Angriffsakt ein zweiter, (— der nicht unbedingt gleichartig mit dem ersten zu sein braucht, —) folgen werde.

Wie ist es z. B. bei einem auf der Flucht befindlichen und verfolgten Dieb? Als abgeschlossen wird man in einem solchen Fall den Angriff des Diebes in dem Augenblick betrachten können, wo der Dieb eine einigermaßen gesicherte Beherrschungsmöglichkeit über die gestohlene Sache erlangt hat,[38]) mit anderen Worten dann, wenn der bisherige Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache verloren hat.[39]) Von diesem Augenblick an ist Notwehr nicht mehr gegeben.

2. Die verbotene Eigenmacht als Voraussetzung zur Ausübung der Besitzwehr.

Bei Klärung des Verhältnisses von § 227 zu §§ 859, 860 ist es ein besonders wichtiger Punkt, festzustellen, ob die Voraussetzungen zur Ausübung der Besitzwehr die gleichen sind wie die zur Ausübung der Notwehr. Die Notwehr erfordert einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff; die entsprechende Voraussetzung zur Ausübung der Besitzwehr ebenso wie der Rechte aus § 859, II und III ist die verbotene Eigenmacht. Sollten diese beiden Begriffe sich decken, so können die etwa noch übrigbleibenden Unterschiede zwischen beiden Bestimmungen nur noch eine untergeordnete Rolle spielen. Daher ist auf eine genaue Prüfung der Merkmale dieser Begriffe der Hauptwert zu legen.

Anders als beim Angriff gibt das Gesetz in § 858,I eine Definition der verbotenen Eigenmacht. Diese lautet: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)." Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist es nötig, gleich an dieser Stelle eine Erläuterung dieser Definition beizufügen: Verbotene Eigenmacht wird nur gegen den unmittelbaren Besitzer geübt.[40]) Zwar ist Besitzer nach § 868 auch der mittelbare Besitzer. Aber man muß sich der

[36]) So Enneccerus-Nipperdey § 221,I,3; Cosak § 125,II,1b; Riezler zu § 227,2c; Henle § 43,I,1b; von Tuhr § 95,II.
[37]) R. G. in J. W. 05, 14.
[38]) Oertmann zu § 227, 2a.
[39]) Vgl. R. G. Z. 111, 370 ff.
[40]) So auch Wolff § 17,I; Warneyer zu § 858,I; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 5, II,3 Anm. 21; Rosenberg zu § 858,I,4; Komm. d. R. G. R. zu § 858,2.

Ansicht [41]) anschließen, daß „§ 858 ebenso wie § 859 zu denjenigen Vorschriften gehört, bei welchen die Auslegung ergibt, daß die wirkliche Ausübung der tatsächlichen Gewalt ihre Voraussetzung ist, daß sie also auf den mittelbaren Besitzer nicht bezogen werden können".

Zu diesem Ergebnis führt übrigens nicht nur die abstrakte Forschung nach dem Sinn des Gesetzes, sondern auch der Wortlaut des Gesetzes gibt einen Fingerzeig in dieser Richtung, und zwar insofern, als im § 869 Satz 1 die im §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zugesprochen werden. Hieraus geht hervor, daß die verbotene Eigenmacht sich nur gegen den unmittelbaren Besitzer richten kann. [42])

Verbotene Eigenmacht erfordert, daß man dem unmittelbaren Besitzer den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört.

Besitzentziehung ist gegeben, wenn der Besitz durch die Beeinträchtigung dem Besitzer gänzlich oder teilweise verloren gegangen ist. [43])

Als Besitzstörung wird vielfach jede Beeinträchtigung des Besitzes bezeichnet, die nicht Besitzentziehung ist. [44]) Sachlich ist hiergegen nichts einzuwenden. Für ein Arbeiten mit Begriffen wird jedoch eine positive Fassung, wenn sie nur irgend erzielbar ist, stets ungleich wertvoller sein. Eine solche Definition, der man sich im vollen Umfange anschließen kann, findet sich im Kommentar der Reichsgerichtsräte: [45]) „Besitzstörung ist die Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genuß des Besitzes derart, daß der ruhige befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird."

Die genaue Bestimmung dieser beiden Begriffe ist unbedingt notwendig, da der Unterschied zwischen Besitzstörung und Besitzentziehung durchaus von praktischer Bedeutung ist, insbesondere in den Fällen des § 859, da § 859,I bei Besitzentziehung nicht anzuwenden ist. [46]) [47])

Nicht erforderlich ist es für das Vorliegen einer Besitzstörung, daß die ursprünglich die Störung auslösende Handlung selbst noch andauert. Eine Störung des Besitzes wird vielmehr immer noch gegeben sein, solange der durch die störende Handlung herbeigeführte Zustand besteht. [48]) [49])

---

[41]) Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 4,II,3.

[42]) Für die Person des Eigenmächtigen ist hieraus die Folgerung zu ziehen, daß jeder verbotene Eigenmacht üben kann, der nicht unmittelbarer Besitzer ist. (ebenso z. B. Rosenberg zu § 858,I,4; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 4,II,3).

[43]) So Rosenberg zu § 858,I,2; Wolff § 17,I,1.

[44]) Rosenberg zu § 858,I,2; Wolff § 17,I,2.

[45]) Zu § 858,5 vgl. auch R. G. Z. 55 und R. G. in J. W. 08, 274.

[46]) Vgl. S. 3 Anm. 6.

[47]) Die Grenze zwischen Störung und Entziehung ist freilich oft nicht leicht zu ziehen. Auf jeden Fall wird man immer dann eine Entziehung annehmen müssen, wenn der Täter für sich selbst einen Besitz begründet (so Wolff § 17,I,3; Planck zu § 862,2a).

[48]) So Wolff zu § 18,I,2; Biermann zu § 859,1; Schollmeyer a. a. O. S. 15.

Kober[50]) fordert zum Vorliegen einer Besitzstörung ein gewisses Moment der Andauer, „sei es nun in Form einer körperlichen Fortdauer (z. B. durch Anlagen, welche in die Besitzsphäre des Anderen hinüberwirken oder hineinragen) oder in Form einer psychischen Fortwirkung der Störung dadurch, daß nämlich beim Gestörten eine begründete Besorgnis vor weiteren Störungen erregt und damit für jenen ein andauerndes Gefühl der Unsicherheit im Besitz geschaffen wird".

Ein einmaliges Fahren über das Grundstück soll hiernach an und für sich noch keine Besitzstörung sein. Will man diesen konkreten Fall anhand der oben gegebenen Definition der Besitzstörung lösen, so ist festzustellen, daß eine Beeinträchtigung des Besitzers in dem ruhigen Genuß des Besitzes gegeben sein dürfte, während es allerdings nicht zweifelsfrei sein mag, ob der ruhige befriedete Zustand bereits in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt ist. Das ist eben Tatfrage, und der Tatbestand bedürfte in dieser Richtung noch einer Ergänzung. Praktisch wird das Ergebnis, zu dem man nach Kobers Ansicht kommt, nicht stark von dem andern abweichen, da auch Kober betont, daß das einmalige Fahren unter Umständen[51]) (Besorgnis weiteren Fahrens) zu einer Besitzstörung werden kann. Ganz generell wird man jedenfalls das Erfordernis der Andauer der Störung nicht aufstellen können.[52])

Umstritten ist es, ob eine Besitzstörung auch durch Worte erfolgen kann. Das Gesetz gibt eine eindeutige Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne nicht; die Klärung dieses Problems wurde vielmehr ausdrücklich[53]) der Wissenschaft und Praxis überlassen.

Nach Wolff[54]) genügt ein bloßes Bestreiten des Besitzes nicht zum Vorliegen einer Besitzstörung, da in solchem Falle zum Schutze des Besitzers die Feststellungsklage ausreiche. Eine Bedrohung für den Fall der Besitzausübung soll dann eine Störung sein, wenn infolge der Drohung die Besitzausübung unterbleibt. Anders formuliert Kober[55]) seine Ansicht, indem er sich der übereinstimmenden Meinung der gemeinrechtlichen Praxis anschließt, die auch für das heutige Recht anzuwenden sei: „Eine Besitzstörung durch bloße Worte oder Drohungen ist nur dann anzunehmen, wenn das wörtliche Bestreiten des Besitzes mit einem förmlichen Verbot fernerer

---

[49]) Planck (zu § 862,2a) meint, daß der im Besitz Gestörte, wenn es sich um einen dauernden Zustand handelt, dessen Beseitigung erstrebt wird, unter denselben Voraussetzungen, unter denen die entzogene Sache nach § 859,II u. III dem Täter wieder abgenommen werden darf — wenngleich das Gesetz nichts davon sagt — berechtigt sein wird, den störenden Zustand wieder zu beseitigen. Demgegenüber schließe ich mich der Wolff'schen Meinung an, daß, solange ein störender Zustand vorliegt, auch eine Störung also verbotene Eigenmacht, gegeben ist.

[50]) Zu § 858,II,2.

[51]) Ergänzung des Tatbestandes!

[52]) So auch die herrschende Meinung, z. B. Wolff § 17, I, 2; Planck zu § 862,2a.

[53]) Motive zum BGB. III, S. 126.

[54]) § 17, I, 2; ebenso Biermann zu § 862, II b.

[55]) Zu § 858,II,2b.

Besitzhandlungen oder mit Androhung tätlicher Verhinderung der Besitzausübung verbunden ist."

Ob man hiermit allen vorkommenden Fällen gerecht zu werden vermag, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls zeigt sich gerade in diesem Punkt der Vorzug der reichsgerichtlichen Bestimmung [56]) der Besitzstörung, die die Aufstellung von Einzelregeln für jede der zahlreichen möglichen Arten der Besitzstörung überflüssig macht: Worte und Drohungen sind dann eine Besitzstörung, wenn für den Besitzer der ruhige befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird. Hiermit ist eindeutig das zum Ausdruck gebracht, worauf man wohl auch bei Kober letzten Endes hinauskommt.

Besonders wichtig gerade im Hinblick auf das Verhältnis der verbotenen Eigenmacht zum gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ist die Frage, ob ein Verschulden des Störers zum Vorliegen der verbotenen Eigenmacht erforderlich ist. Hierzu ist zu sagen, daß ein Verschulden des Störers zwar bei der Frage des Schadensersatzes eine Rolle spielen würde, für das Vorliegen verbotener Eigenmacht aber bedeutungslos ist, da es sich hier um die Beeinträchtigung eines tatsächlichen Zustandes handelt, die ohne Verschulden möglich sein muß. Es bietet sich hier ein Gegenstück zu der Frage, wann ein Angriff rechtswidrig sei. Der Umstand, daß der Begriff der verbotenen Eigenmacht im Gesetz festgelegt ist, und zwar in einer Form, die nur auf den Besitzer eingeht und, ohne von einem Verschulden des Störers zu reden, allein die Tatsache, daß der Besitzer ohne seinen Willen in seinem Besitz gestört ist, als verbotene Eigenmacht bezeichnet, macht hier die Entscheidung wesentlich leichter, und so ist es denn auch die in Wissenschaft und Praxis unumstritten herrschende Meinung, [57]) daß es auf ein Verschulden des Störers nicht ankommt. Die oben vertretene Auffassung von der Rechtswidrigkeit eines Angriffes findet hierin eine weitere, wenn auch nicht zu überschätzende Stützung. Ob verbotene Eigenmacht gegeben ist, wird also nur aus der Person des Besitzers beurteilt. Jede Entziehung oder Störung des Besitzes ohne seinen Willen, stellt sich als verbotene Eigenmacht dar.

Nicht fraglich kann es sein, ob verbotene Eigenmacht auch von Tieren geübt werden kann. Auch der rein objektiven Auffassung dieses Begriffes, die das Vorliegen einer Beeinträchtigung nur aus der Person des Besitzers beurteilt, würde es nicht zuwiderlaufen, daß eine Störung des Besitzes durch Tiere nicht verbotene Eigenmacht ist. Da die verbotene Eigenmacht nämlich, wie § 858 ausdrücklich bestimmt, stets eine widerrechtliche Handlung darstellt, eine solche aber, wie bei der Behandlung der Rechtswidrigkeit des Angriffs dargelegt wurde, von einem Tier nicht geübt werden kann, so ist es schon begriffsmäßig ausgeschlossen, daß ein Tier verbotene Eigenmacht übt. Aber auch schon der Wortlaut des § 858 zwingt zu dem-

---

[56]) Diese nimmt allerdings auch Bezug auf die gemeinrechtliche Praxis.

[57]) So Wolff § 17, I, 6; Biermann zu § 858, 1c; Planck zu § 858, 1b; Kober zu § 858, I, 2a; Warneyer zu § 858, I; Crome Bd. 3, § 350, I, 1; Endemann Bd. 2,I, § 42,1; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 4, II, 1; Kom. d. R. G. R. zu § 858,6; R. G. Z. 55 S. 55.

selben Ergebnis. Hier heißt es: „Wer" dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich. Das „Wer" weist darauf hin, daß verbotene Eigenmacht nur durch eine menschliche Handlung geübt werden kann.[58]) Diesen Standpunkt vertritt z. B. Rosenberg.[59]) Mit der Begründung aus dem Worte „Wer" sagt er, es müsse eine menschliche Handlung vorliegen . . . . . durch Tiere könne verbotene Eigenmacht nicht begangen werden. Rosenberg widerspricht sich jedoch selbst, indem er gleich darauf betont, die Selbsthilfe der §§ 859, 860 werde auch gegen nicht menschliche Angriffe zulässig sein, wenn auch mit der Einschränkung, daß nur die Selbstverteidigung nach § 859,I gegen nicht menschliche Störungen zulässig sein solle. Diese Meinung läßt sich angesichts des klaren Gesetzestextes m. E. auch in analoger Anwendung des § 859 nicht halten. § 859,I schließt für einen durchaus festbestimmten, verhältnismäßig kleinen Kreis von Handlungen die Rechtswidrigkeit aus. Seine Anwendung ist nur zulässig bei Vorliegen verbotener Eigenmacht. Da festgestellt wurde, daß verbotene Eigenmacht nur in einer menschlichen Handlung bestehen kann, so darf man sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß die Rechte aus §§ 859, 860 bezw. aus §§ 859,I, 860 auch gegen nicht menschliche Beeinträchtigungen gegeben sein sollen. Gegen Beeinträchtigung seines Besitzes durch Tiere stehen dem Besitzer also nur die Rechte aus der Gefahrenabwehr zu.

Die Störung des Besitzes ist verbotene Eigenmacht, wenn sie „ohne den Willen des Besitzers" erfolgt.[60]) Auch hier zeigt sich wieder der Vorzug der Legaldefinition. Bei Erörterung des Problems, was ein Angriff sei, mußte eine ausdrückliche Ergänzung der Definition in der Richtung vorgenommen werden, daß die Einwilligung des Betroffenen der schädigenden Einwirkung ihren Charakter als Angriff nimmt. Dasselbe stellt nun das Gesetz für die verbotene Eigenmacht fest. Verbotene Eigenmacht liegt also nicht vor, wenn der Besitzer seine Zustimmung zu der Beeinträchtigung zu erkennen gegeben hat. Daß dies ausdrücklich geschehen ist, wird man nicht verlangen. Es muß aber daran festgehalten werden, daß eine wirkliche Zustimmung vorliegen muß. Aus dem bloßen Nichthandeln an und für sich kann eine Zustimmung nicht entnommen werden, so z. B. nicht aus der Unterlassung des nach § 859,I zulässigen Widerstandes.[61])

---

[58]) Diesem „Wer" genau parallel steht das in der von Tuhr'schen Definition des Angriffs gebrauchte „Jemand" („Angriff ist eine Handlung, durch welche jemand versucht . . . .). Diese Fassung der Definition mußte beim Angriff geändert werden, da sie mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stand.

[59]) Zu § 858, I, 1; Kreß a. a. O. § 45, I a.

[60]) Maßgebend für die Zustimmung des Besitzers zu der Beeinträchtigung ist der Wille des unmittelbaren Besitzers, da nur gegen diesen sich die verbotene Eigenmacht richtet.

[61]) Rosenberg zu § 858, I, 3a; Kober zu § 859, I, 1c; R. G. in Warneyers Jahrbuch 1914 Nr. 335.

Die Zustimmung kann auch im voraus erteilt werden, sie hat aber nur dann eine Bedeutung, wenn sie im Augenblick der Beeinträchtigung noch fortdauert.[62])

Bestritten ist es, ob auch die Zustimmung eines Geschäftsunfähigen das Vorliegen verbotener Eigenmacht rechtswirksam beseitigen kann. In der Literatur findet sich die Meinung vertreten, daß die Zustimmung rechtsgeschäftlich wirksam sein muß.[63]) Ueberwiegend ist freilich die Ansicht, daß die Zustimmung kein Rechtsgeschäft sei. Kober[64]) und Planck[65]) sprechen von einer Rechtshandlung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte nur entsprechend und nur mit Vorsicht angewandt werden dürfen. Nur die zur Aufgabe des Besitzes erforderliche Willensreife soll Voraussetzung zur Wirksamkeit der Zustimmung sein.[66]) Es erscheint in der Tat als richtig, daß man demjenigen, der selbständig Besitz erwerben und aufgeben kann, auch die Fähigkeit zuspricht, wirksam seine Zustimmung zu einer Beeinträchtigung seines Besitzes geben zu können.

Wie ein Angriff dann nicht rechtswidrig ist, wenn der Gegner in Ausübung eines Rechts handelt, welches ihn zu einem eigenmächtigen Eingriff in den Rechtskreis eines anderen befugt, so ist verbotene Eigenmacht in den Fällen ausgeschlossen, in denen das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet. Nach Artikel 2 E. G. B.G.B. ist Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches jede Rechtsnorm. Bestimmungen, die eine Beeinträchtigung des Besitzes gestatten, sind also nicht nur im B.G.B., sondern auch auf allen anderen Rechtsgebieten, wie z. B. auf dem des öffentlichen Rechts zu suchen.

Es muß sich aber stets um Bestimmungen handeln, die einen Eingriff in fremden Besitz gestatten; nicht hierher gehören Vorschriften oder Rechtsbeziehungen, auf Grund deren man vielleicht zum Besitz berechtigt ist.[67]) Bestimmungen des B.G.B., auf Grund deren ein Eingriff in fremden Besitzstand vorgenommen werden darf, sind die allgemeinen Paragraphen 227 ff., 859, 561, 904, 910, 962, endlich Artikel 89 E.G.B.G.B. Auch außerhalb des B.G.B. gibt es zahlreiche Bestimmungen, die einen solchen Eingriff gestatten. Zu nennen sind aus der Z.P.O. die Paragraphen 758, 808, 836, 883—885, ferner § 150 Z.V.G., § 127 St.P.O. Auch sonst gibt es zahlreiche Fälle gerade des öffentlichen Rechts, in denen das Eindringen in fremden Besitzstand unmittelbar erlaubt ist. Besonders hervorzuheben ist hier vielleicht das Polizeirecht.

---

[62]) So Wolff § 17,II,4; Planck § 858, 1a; Kober zu § 858, I, 3a; Kretzschmar zu § 858, I, 2; Warneyer zu § 858, I; Rosenberg zu § 858, I, 3a; R. G. i. J. W. 04, 361.

[63]) So Biermann zu § 858, 1a; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 4, II, 2b, Anm. 20; Kniep a. a. O. S. 312; Warneyer zu § 858,I.

[64]) Z § 858, I, 3b.

[65]) Zu § 859, Ia.

[66]) Noch schärfer kommt dies bei Wolff (§ 17, I, IV), Rosenberg (§ 858, I, 3c) und Kreß (a. a. O. § 45, I, a S. 328) zum Ausdruck.

[67]) So Rosenberg zu § 858,I,4; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 4, II, 3.

3. Vergleich zwischen den Voraussetzungen.

Nachdem die Voraussetzungen des Notwehrrechts und die des Besitzwehrrechts im einzelnen besprochen sind, ist es möglich, auf die eingangs erwähnte Frage einzugehen, ob beide Begriffe sich decken.

Die vollständige Uebereinstimmung als weitestgehende Behauptung wird vertreten von Becker.[68]) Die verbotene Eigenmacht, so sagt er, trage alle Merkmale des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in sich, sie sei nicht nur immer ein Angriff, sondern sie müsse auch notwendig ein rechtswidriger Angriff sein. Ferner sei, wenn auch nicht gerade Begriffsmerkmal der verbotenen Eigenmacht, so doch Voraussetzung des Besitzwehrrechtes nach § 859 I die Gegenwärtigkeit der verbotenen Eigenmacht. Zu demselben Ergebnis kommt Planck,[69]) wenn auch mit der oben (S. 12 Anm. 49) gebrachten Erweiterung, daß dem Besitzer im Falle einer dauernden Störung ein Beseitigungsrecht entsprechend § 859 II und III eingeräumt werden solle.

Die Konsequenz dieser Auffassung ist die immer mehr oder minder scharf zum Ausdruck kommende Ansicht, daß § 859 I eine überflüssige Wiederholung des § 227 in Anwendung auf einen bestimmten Fall darstelle.[70])

Diesem Ergebnis kann ich mich nicht anschließen. Es ist nicht zutreffend, daß die verbotene Eigenmacht „gegenwärtig" sein muß, um Rechte nach § 859 I zu begründen. Vielmehr kann, wie oben festgestellt, der Besitzer nach § 859 I gegen eine vollendete Besitzstörung auch dann vorgehen, wenn nur der durch sie herbeigeführte Zustand noch andauert.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit wird zwar in beiden Fällen auf dasselbe hinauskommen. Das rührt von der Verwandtschaft der Bestimmungen des § 227 und des § 859 I her, die beide „von der Schutzwürdigkeit des Interesses, nicht aber auch von der Verantwortlichkeit des Angreifers" ausgehen.[71])

Es bleibt noch die Feststellung, ob eine Besitzbeeinträchtigung mittels verbotener Eigenmacht überhaupt stets ein Angriff ist. Auch dies ist keineswegs der Fall. Ein Beispiel für das Nichtübereinstimmen der beiden Begriffe gibt die Besitzverletzung durch Worte. Diese ist unter gewissen Voraussetzungen verbotene Eigenmacht, wird aber niemals einen Angriff darstellen.

Das Resultat ist also folgendes: Die Voraussetzungen der Notwehr und die der Besitzwehr sind zwar so beschaffen, daß sie im konkreten Falle vielfach gleichzeitig erfüllt sein werden, insbesondere so, daß sie beide nur durch eine rechtswidrige Handlung zu setzen sind, dennoch sind es zwei verschiedene und scharf von ein-

---

[68]) Jahrbuch für Dogmatik Bd. 34, S. 11. Ebenso Künkler (a. a. O. S. 1 u. 2) und Schmelzer (a. a. O. S. 6 u. 7).

[69]) Zu § 859, 2 (ganz ähnlich auch Rosenberg zu § 859, I 2; Biermann zu § 859, 2 und Kretzschmar zu § 859, 1).

[70]) Die einzige Abweichung sei die positive Fassung des § 859 I gegenüber der negativen in § 227.

[71]) Kom. d. R. G. R. zu § 227, 5.

ander zu trennende Begriffe. Jeder der beiden Begriffe trägt seine sämtlichen Merkmale in sich, und nur aus ihm selber sind diese zu entwickeln.

II. Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 B.G.B. bezüglich ihrer Wirkungen zueinander?

Inhalt der Bestimmungen sowohl des § 227 wie der §§ 859 I, 860 ist die Gestattung einer Verteidigung.[72]) Im Falle der Notwehr darf diejenige Verteidigung vorgenommen werden, die erforderlich ist, um den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden (§ 227 II), während § 859 I bestimmt, daß sich der Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren darf. Hierzu mit heranzuziehen ist die Bestimmung des § 860, die besagt, daß zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte auch derjenige befugt ist, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.

1. Ausübung des Notwehrrechts.

a) Zur Ausübung der Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff wird nach der natürlichen Lage der Dinge in erster Linie meistens der Angegriffene in Betracht kommen. Das Recht zur Verteidigung ist aber keineswegs auf ihn beschränkt. Vielmehr folgt aus den Worten „von sich oder einem anderen", daß jeder beliebige andere die Verteidigungshandlung vornehmen kann.[73]) Solche Nothilfe ist nicht widerrechtlich.[74])

b) Die Notwehr muß sich stets gegen den Angreifer und nur gegen ihn richten. Dies folgt aus dem Begriff „Verteidigen", der, wie oben Anm. 72 hervorgehoben, nicht im Gegensatz zum Angreifen steht, sondern im Gegensatz steht zur Abwehr gegenüber einem anderen als dem Angreifer. Es ist also keine Notwehr, wenn der Angegriffene zu seiner Verteidigung in den Rechtskreis eines Dritten eingreift, selbst wenn dies das einzige Mittel ist, um dem Angriff zu begegnen.[75]) Damit ist nicht gesagt, daß eine solche Handlung widerrechtlich sein muß. Ob sie dies ist, regelt sich nach den Bestimmungen der Gefahrenabwehr, nämlich nach den §§ 228 und 904.

c) Notwehr ist nur diejenige Verteidigung, welche „erforderlich" ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder

---

[72]) Daß die Verteidigung nicht im Gegensatz zu „Angreifen" steht, sondern nur soviel wie Abwehr gegen den Angreifer bedeutet, hebt Henle (§ 43 I 2,a) für § 227 hervor. Die Verteidigung wird sogar häufig in einem Gegenangriff gegen den ursprünglichen Angreifer bestehen.

[73]) So auch die gesamte Literatur.

[74]) Notwehr ist selbst dann gegeben, wenn die Person des Angegriffenen noch nicht feststeht, wenn nur durch den Angriff eine sogen. gemeine Gefahr droht. (So Riezler zu § 227 2,b; Biermann Bd. 1 § 90 1,d; Planck zu § 227 I f; Oertmann zu § 227; auch von Tuhr § 95 II, allerdings nur in analoger Anwendung des § 227.)

[75]) So auch von Tuhr § 95 II und Anm. 38; Planck zu § 227 II; Enneccerus-Nipperdey § 221 I,6.

einem anderen abzuwenden. Zweifelhaft erscheint es hiernach, ob auch die gewählte Art der Verteidigung selbst erforderlich sein muß, ob also der Angegriffene unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten die freie Wahl hat. Henle[76]) vertritt den Standpunkt, daß in § 227 nicht gesagt sei, daß die Verteidigung selbst erforderlich sein müsse: „Vor dem Angriffe braucht man nicht zu fliehen, selbst wenn die Flucht mehr Aussichten bietet als das Standhalten." In Gegensatz hierzu steht die Meinung, daß unter mehreren gleichwertigen Verteidigungsmöglichkeiten nur diejenige im Sinne von § 227 „erforderlich" ist, die den Angreifer am wenigsten schädigt.[77]) Wenn man diese Meinung vertritt, darf man freilich nicht so weit gehen, daß man von dem Angegriffenen Handlungen verlangt, die ihm nach Lage der Dinge nicht zuzumuten sind, insbesondere ist es von ihm nicht zu verlangen, daß er von der Möglichkeit einer schimpflichen Flucht Gebrauch zu machen hat.[78]) Man wird sich dem Reichsgericht[79]) hier anschließen können, dessen Meinung dahin geht, daß die Möglichkeit der Flucht das Vorliegen einer Notwehrhandlung nur dann ausschließt, wenn der Angegriffene sich, ohne daß er berechtigte Interessen aufgibt, dem Angriff entziehen kann. In diesem Zusammenhang vermag die Frage des Verschuldens des Angreifers eine Rolle zu spielen.[80]) [81])

Welches Mittel innerhalb der Verteidigung „erforderlich" ist, bestimmt sich nach rein objektiven Gesichtspunkten. Es genügt nicht, daß das angewandte Mittel vom Angegriffenen für erforderlich gehalten wird.[82]) Andererseits gilt diese objektive Betrachtung der erforderlichen Verteidigung auch zu Gunsten des Angegriffenen.[83])

Das Maß der erforderlichen Verteidigung wird ausschließlich durch die Heftigkeit des Angriffs bestimmt. Unzulässig ist es, in die Notwehr den Gesichtspunkt einer Interessenabwägung, wie er etwa in § 228 enthalten ist, hineinzubringen. Der Wert des angegriffenen Gutes spielt keine Rolle. Die äußerste Konsequenz dieser Auffassung, die unbedingt gezogen werden muß, ist die, daß auch die Tötung des Angreifers nicht widerrechtlich ist, wenn sie eben „erforderlich"

---

[76]) § 43 I, 2, b.

[77]) So Enneccerus-Nipperdey § 221 I, 5; von Tuhr § 95 II; Planck zu § 227, 1, e.

[78]) Enneccerus-Nipperdey § 221, I, 5; Riezler zu § 227, 2 e; Oertmann § 227, 2b.

[79]) R. G. Z. Bd. 84 S. 308, vgl. auch R. G. in Seuff. Arch. 79 Nr. 5.

[80]) So auch Enneccerus-Nipperdey § 221 I, 5; vgl. hierzu auch von Tuhr § 95, II: „Kann der Angegriffene statt durch Verteidigung sich durch Flucht dem Angriff entziehen, so ist Notwehr nur dann ausgeschlossen, wenn dieser Ausweg dem Angegriffenen zugemutet werden kann. Das ist z. B. der Fall gegenüber dem Angriff eines Unzurechnungsfähigen, nicht aber gegenüber einem bewußt rechtswidrigem Angriff."

[81]) Von diesem Standpunkt aus ist auch die Behandlung des oben S. 8 besprochenen Beispiels zu verstehen.

[82]) So auch Riezler zu § 227, 2 e; Oertmann zu § 227, 2 b; Planck zu § 227, 1 e; Biermann Bd. 1, § 90, 1 e.

[83]) R. G. Z. Bd. 84 S. 306 ff.; Warneyer zu § 227, II; Riezler zu § 227, 2 e; Planck zu 227, 1 g; von Tuhr § 95, II.

war, um den Angriff abzuwenden. Dies ist auch die herrschende Ansicht.[84])

Anderer Meinung ist Enneccerus-Nipperdey:[85]) „Wenn das Gesetz hier (im Gegensatz zu § 228) die Abgrenzung unterläßt, so vertraut es auf die gesunde Vernunft und Menschlichkeit des Richters". Aehnlich äußert sich auch Warneyer,[86]) der meint, daß Notwehr dann nicht für geboten zu erachten ist, wenn ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Verteidigung und dem verteidigten Recht besteht.

Diese Meinungen lassen sich angesichts der klaren Fassung des § 227 nicht halten. Da die Abwehrhandlung stets objektiv „erforderlich" sein muß, ist dieses Ergebnis auch durchaus nicht als unbillig zu bezeichnen.

2. Ausübung der Besitzwehr.

a) Nach § 859 I darf sich der „Besitzer" verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Da sich verbotene Eigenmacht nur gegen den unmittelbaren Besitzer richten kann, so ist auch nur dieser zur Ausübung der Besitzwehr befugt,[87]) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er ein Recht zum Besitze hat.[88]) Zur Ausübung befugt ist auch ein Teil- und Mitbesitzer,[89]) nicht dagegen steht das Recht aus § 859 I einem mittelbaren Besitzer zu.[90])

Wenn § 859 I nur von dem Besitzer spricht, so wird man dies doch nicht so eng fassen müssen, daß nur der Besitzer allein handeln darf. Bei solcher Auslegung wird die Erreichung des Zwecks der Vorschrift sehr häufig gänzlich unmöglich werden. Man kann also annehmen, daß es dem Besitzer gestattet ist, dritte Personen zur Ausübung seines Rechtes mit heranzuziehen.[91]) Hierbei muß aber daran festgehalten werden, daß dritte Personen nur auf Geheiß des Besitzers vorgehen dürfen. Ein selbständiges Vorgehen Dritter gestattet § 859 keinesfalls.

Eine Ausnahme besteht nur für den Besitzdiener nach § 860. Er allein darf noch außer dem Besitzer selbständig vorgehen. Zu be-

---

[84]) So z. B. Riezler zu § 227,2 e; Oertmann zu § 227, 2 b; Crome § 122 I, 1 b u. Anm. 14; Henle § 43, I, b; Planck zu § 227, 1 e; Kom. d. R. G.R. zu § 227, 3.

[85]) § 221, I, 4.

[86]) Zu § 227, II.

[87]) So Rosenberg zu § 859, III, 1; Kretzschmar zu § 859 vor 1; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 5, II, 1; Kom. d. R. G. R. zu § 859, I.

[88]) Rosenberg zu § 859, II, 1; Planck zu § 859, 1; vgl. auch oben S. 15

[89]) Rosenberg zu § 859, III, 1; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 5, II, 3.

[90]) A. M. Warneyer zu § 869: Auch der mittelbare Besitzer hat Besitzesschutz nach den §§ 858—864, 867 unabhängig vom unmittelbaren Besitzer. Nur insofern ist der Schutz des mittelbaren Besitzers vom Besitzmittler abhängig, als die Voraussetzung der Besitzansprüche in der Person des letzteren gegeben sein müssen. Vgl. auch oben S. 10, 11.

[91]) Kober zu § 859, III; Endemann Bd. 2, 1; Goldmann-Lilienthal Bd. 2, § 5, II, 2 Anm. 7; Rosenberg zu § 859, III, 1.

achten ist hierbei, daß dem Besitzdiener die Rechte aus § 859 niemals als eigene Rechte zustehen. Er übt nur die dem Besitzer aus § 859 zustehenden Rechte aus.[92]) Die Voraussetzung für die Ausübung des Besitzschutzes muß also in der Person des Besitzherrn gegeben sein, d. h. der Besitzdiener darf die Besitzwehr nur ausüben, wenn sich die Beeinträchtigung als verbotene Eigenmacht dem Besitzherrn gegenüber darstellt. Es versteht sich hiernach, daß der Besitzdiener niemals gegen den Herrn vorgehen darf, was außerdem auch schon daraus folgt, daß der unmittelbare Besitzer ja überhaupt keine verbotene Eigenmacht üben kann.[93])

b) Für die Person dessen, gegen den sich die Besitzwehr richten darf, ergibt sich daraus, daß das Gesetz dem Besitzer das „Sich-erwehren" gestattet, die gleiche Folgerung, wie sie für § 227 der Begriff der Verteidigung gab. Die Besitzwehr ist nur gegen denjenigen gegeben, der verbotene Eigenmacht übt. Daß die in § 859 IV an sich vorgesehene Erweiterung des Personenkreises, gegen den sich die Rechte aus § 859 richten können, für Abs. 1 nicht in Frage kommt, ist bereits oben (S. 4) festgestellt worden.

c) In § 859 I heißt es: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren". Eine Einschränkung, wie sie in § 227 das Wort „erforderlich" gibt, ist in § 859 I nicht enthalten, jedenfalls nicht unmittelbar. Heißt dies nun, daß die Ausübung der Besitzwehr keinerlei Schranken unterworfen ist? Dieses Ergebnis wäre unhaltbar und wird auch von niemand angenommen, die allgemeine Ansicht geht vielmehr dahin, daß auch im Falle des § 859 I nur die „erforderliche" Gewalt angewandt werden darf. Verschieden ist die Begründung, mit der man zu diesem Ergebnis kommt.

Teilweise[94]) wird behauptet, schon in dem Wort „Sich-erwehren" liege eine Beschränkung auf das erforderliche Maß von Gewalt. Ein „Sich-erwehren" sei immer nur solange gegeben, als man das erforderliche Maß von Abwehr einhalte. Man kann annehmen, daß dies im Großen und Ganzen zutrifft. Ob man allerdings allein aus dem Begriff „Sich-erwehren" eine derart eindeutige und feste Begrenzung gewinnen kann, wie sie das Wort „erforderlich" gibt, muß dahingestellt bleiben. Es ist auch garnicht nötig, eine vielleicht doch etwas gepreßte Auslegung dieses Begriffes vorzunehmen, um zu dem gewünschten Resultat zu kommen. Die Beschränkung der anwendbaren Gewalt auf das erforderliche Maß versteht sich vielmehr von selbst[95]), und ist ein Ausfluß des Sinnes unserer ganzen Rechtsordnung. Sie gilt für das ganze System der Vorschriften über die Abwehr und ist in § 227 nur besonders hervorgehoben.

Keinesfalls ist es nötig, um eine Beschränkung des Maßes der nach § 859 I anwendbaren Gewalt zu erreichen, daß man § 227 hierfür direkt oder analog heranzieht, wie es besonders da geschieht, wo § 859 I für eine mehr oder minder überflüssige Wiederholung

---

[92]) So übereinstimmend die gesamte Literatur. A. M. Isay a. a. O. S. 287.
[93]) Vgl. S. 11 Anm. 42.
[94]) So Biermann § 859 II; Künkler a. a. O. S. 2.
[95]) So auch Kober zu § 859 I, 2; vgl. auch R. G. i. D. J. Z. 07, 360 in Bezug auf § 859, II.

von § 227 gehalten wird.[96]) Auch nach § 859 ist also nur die Gewalt erlaubt, die zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht erforderlich ist. § 859 I entlehnt diese Beschränkung aber nicht dem § 227, sondern er trägt sie selbständig in sich, wofür es keinen Unterschied macht, ob man sie aus allgemeinen Rechtsgedanken oder aus dem Begriff „Sich-erwehren" ableitet.

3. Vergleich zwischen den Wirkungen.

Wenn man die Frage aufwirft, wie sich § 227 und §§ 859 I, 860 hinsichtlich ihrer Wirkungen zueinander verhalten, so tritt bei dem ersten, sich aus dieser Frage ergebenden Problem, nämlich dem, wer kann das Recht der Besitzwehr ausüben, ein offenkundiger Unterschied zwischen beiden Bestimmungen zutage. § 227 schafft ein Notwehrrecht, dessen Ausübung jedem freisteht. Bei § 859 I handelt es sich dagegen um ein Sonderrecht des Besitzers, zu dessen selbsttätiger Ausübung nur der unmittelbare Besitzer und Besitzdiener berechtigt sind. § 859 I steht damit in scharfem Gegensatz zu dem allgemeinen Notwehrrecht nach § 227, da zu dessen Ausübung nicht nur der Angegriffene, sondern auch jeder beliebige Dritte berechtigt ist. Auch in dieser Hinsicht steht also § 859 I selbständig neben § 227.[97])

Sind bei der Feststellung des Berechtigten die beiden Gesetzesbestimmungen verschiedene Wege gegangen, so ist das bei der Feststellung des durch die Ausübung Betroffenen nicht der Fall. An diesem Punkte zeigt sich wieder deutlich die enge Verwandtschaft, die Notwehr und Besitzwehr verbindet. Wie sich die Ausübung der Notwehr gegen den Angreifer richtet, so kann die Ausübung der Besitzwehr nur gegen den vorgenommen werden, der verbotene Eigenmacht übt.

Noch mehr tritt die erwähnte Verwandtschaft zwischen Notwehr und Besitzwehr bei der Bestimmung der Mittel, die zu ihrer Ausübung dienen, hervor. Die äußerste Umgrenzung dieser Mittel (eine engere Grenze kann im Einzelfall vorgeschrieben werden) ist, wie schon gesagt, für den ganzen Kreis der Abwehrbestimmungen die gleiche. Die Rechtswidrigkeit von Abwehrhandlungen über die-

---

[96]) Planck zu § 859 II; Rosenberg zu § 859 I, 2.

[97]) Für den, der in den Voraussetzungen beider Bestimmungen keinen Unterschied sieht, muß freilich, wenn er nicht § 859 I als lex specialis zu § 227 betrachtet, die Frage nach der Person des Berechtigten gleichgültig bleiben, da nach dieser Ansicht jeder Fall des § 859 I gleichzeitig den Tatbestand des § 227 erfüllt, so daß also die allgemeine Regelung nach § 227 stets zur Anwendung gebracht werden kann. So sagt Planck (zu § 860), daß § 860 bezüglich des in § 859 I bestimmten Rechts entbehrlich ist, da nach § 227 in Verbindung mit § 858 die Handlung jedes beliebigen Dritten, welche zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht erforderlich ist, nicht widerrechtlich ist. Da diese Planck'sche Erkenntnis an sich unbestreitbar, jedoch infolge ihres Ergebnisses — das Gesetz enthält eine überflüssige Bestimmung — äußert unbefriedigend ist, kann man hieraus wohl zum mindesten darauf schließen, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen ist, in § 859 I eine von § 227 unabhängige Bestimmung zu schaffen.

ses Maß hinaus auszuschließen, würde dem Sinn einer Rechtsordnung, wie wir ihn verstehen, widersprechen. Eine Abwehr ist daher, welchem gefährdetem Interesse sie auch immer dienen mag, höchstens insoweit gestattet, als sie „erforderlich" ist.

C. Schluß.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse.

Nach dieser Prüfung der Notwehr und der Besitzwehr auf ihre Voraussetzungen und ihre Wirkungen kann eine zusammenfassende Gegenüberstellung der gewonnenen Ergebnisse vorgenommen werden, um aus ihr die endgültige Feststellung des Verhältnisses beider Bestimmungen zueinander zu gewinnen.

Zu diesem Zwecke ist das in der Einleitung gegebene System der im B.G.B. enthaltenen Vorschriften über die Abwehr der Interessengefährdungen wieder aufzunehmen. Der Oberbegriff „Abwehr einer Interessengefährdung" teilt sich in Abwehr von Unrecht und Abwehr von Gefahr, je nachdem, ob sich die Abwehr gegen eine rechtswidrige Handlung oder gegen eine sonstige Gefährdung richtet. Die Abwehr von Unrecht ist weiter einzuteilen in Notwehr und Selbsthilfe nach dem Gesichtspunkt, ob es sich um Aufrechterhaltung oder Veränderung des bestehenden Zustandes handelt.

Die §§ 227, 229 ff. behandeln die Unrechtabwehr. Auch in den §§ 859, 860 handelt es sich um die Abwehr von Unrecht. § 859 enthält aber sowohl Fälle, in denen die Abwehr zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes ausgeübt wird, (nämlich nach § 859 I), als auch solche, in denen es sich um eine Veränderung dieses Zustandes handelt. Auf das letztere beziehen sich die Abs. 2—4. § 859 enthält also insofern eine umfassendere Regelung, als auch die Selbsthilfe des Besitzers in ihm mitgeregelt ist, während diese bei der allgemeinen Regelung getrennt von der Notwehr in den §§ 229 bis 231 behandelt ist. In vollkommener Korrespondenz zu der Notwehr des § 227 steht also — um es zu wiederholen — nur die Besitzwehr nach § 859 I.

Wie schon am Ende der einzelnen Abschnitte jeweils festgestellt wurde, steht die Besitzwehr der §§ 859 I, 860 als selbständige und gleichwertige Bestimmung neben der Notwehr des § 227. Sie trägt ihre Voraussetzungen und ihre Wirkungen in sich. Die verbotene Eigenmacht ist ein selbständiger Begriff, der mancherlei Abweichungen gegenüber dem Begriff des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs aufweist. Nach dieser Feststellung ist sowohl die Meinung, § 859 I sei eine überflüssige Wiederholung des § 227 in Anwendung auf einen bestimmten Fall, wie auch die, § 859 I sei im Verhältnis zu § 227 als lex specialis anzusehen, als nichtzutreffend zu bezeichnen. Aber auch die Fragen nach dem Berechtigten, dem Betroffenen und den Mitteln der Ausübung bei beiden Bestimmungen sind teilweise verschieden zu beantworten.

„Das im § 859 I besonders geregelte Notwehrrecht des Besitzers“ ergibt sich also nicht bereits aus § 227, sondern es stellt einen in sich geschlossenen selbständigen Begriff dar. Es bildet einen besonderen Tatbestand innerhalb des Systems der Bestimmungen, die die Abwehr von Unrecht als Grund für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit einer Handlung hinstellen. Die Abwehr von Unrecht zum Zwecke der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes muß daher nochmals untergeteilt werden in Notwehr (§ 227) und Besitzwehr (§§ 859 I, 860).[98])

[98]) § 859 II—IV und § 860 (soweit er sich auf diese Bestimmungen bezieht) sind entsprechend bei der Abwehr von Unrecht zum Zweck der Aenderung des bestehenden Zustandes einzuordnen.